

La Plata, 30 de marzo de 2016

VISTO El artículo 55 de la Constitución Provincial, los artículos 12, 27 y ccdtes de la Ley 13.834 del Defensor del Pueblo, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría, el Expediente N° 8935/15, y

CONSIDERANDO

Que se inician las actuaciones de referencia a raíz de la presentación realizada por el Sr. M Á T, DNI, quien junto a otros jubilados de Obras Sanitarias de Mar del Plata (O.S.S.E), reclama al Instituto de Previsión Social (IPS) el pago retroactivo de la bonificación remunerativa denominada “subsidio o plus vacacional”.

Que expresan los reclamantes que en su carácter de jubilados no se encuentran percibiendo el “subsidio o plus vacacional” que percibe el sector activo de O.S.S.E. Que dicho concepto se encuentra establecido mediante la resolución 96/2001, modificada por la Resolución N° 937/04 de Obras Sanitarias Mar del Plata, el cual consiste en el pago del diferencial existente entre el haber diario vacacional, calculado de acuerdo a lo establecido por el artículo 155 de la LCT, aplicable a las relaciones laborales con los agentes en virtud del art. 6 de la Ordenanza del Municipio de Gral. Pueyrredón N° 7445, es decir (remuneración/25) y el valor correspondiente a un día de trabajo (remuneración/30), multiplicado por la cantidad de días corridos de vacaciones correspondientes a cada trabajador,

en el año calendario, el que se paga en dos pagos iguales en las remuneraciones correspondientes a los meses de Marzo y Noviembre del siguiente año.

Que a su vez, los jubilados manifiestan que además del llamado plus vacacional no perciben otras bonificaciones **no remunerativas** que otorga O.S.S.E. al sector activo, y que sólo alguna de ellas pasaron a revestir el carácter de remunerativas mediante el acuerdo de paritarias establecido en el Acta Paritaria 01/2015, implementadas mediante la Resolución 885/15 de O.S.S.E que modificó la naturaleza de la suma otorgada en el punto I del Acta Paritaria 01/2015 (Acta Paritaria 02/2015), no incluyéndose conceptos adicionales tales como: Adicional por productividad, adicional por presentismo, adicional por asistencia perfecta y garantía de presentismo.

Que respecto de estos adicionales, en fecha agosto de 2015, O.S.S.E. mediante nota dirigida a los reclamantes sostiene que el devengamiento de los mismos se encuentra expresamente supeditado al efectivo cumplimiento de las respectivas condiciones preestablecidas: en el caso del adicional por presentismo y asistencia perfecta sería el no incurrir en inasistencias o impuntualidad computables en cada periodo mensual o trimestral, y en el caso del adicional por productividad, al cumplimiento de metas individuales y/o colectivas que la empresa establece unilateralmente, os los dos primeros supuestos, razón por la cual no se encontrarían sujetos a la realización de aportes y contribuciones por carecer del requisito de habitualidad.

Que asimismo en su presentación, los reclamantes solicitan al Instituto de Previsión Social, la jerarquización del Centro de Atención

Previsional (CAP) de Mar del Plata, en lo que se refiere a infraestructura y atención al público, ya que actualmente dicho Centro no contaría con los recursos humanos y las instalaciones necesarias para brindar una buena atención y tramitación de los diferentes trámites previsionales.

Que los jubilados de O.S.S.E., acompañaron al Expediente de la Defensoría del Pueblo, distinta documentación que acredita los reclamos realizados ante diferentes Organismos y autoridades, a saber: respuestas de O.S.S.E a los reclamantes, conforme obran a fs. 25, 26, 27, 29 y 37; Carta Documento del I.P.S. a O.S.S.E., conf. Obra a fs. 6; Nota del Medio Digital Mar del Plata, con relación a la Audiencia llevada a cabo entre los reclamantes, el I.P.S. y esta Defensoría del Pueblo, conf. luce a fs. 12; nota de O.S.S.E. a IPS, conf. Fs. 28, reclamo ante el Honorable Consejo Deliberante, conf. Luce a fs. 35 y 36, carta documento de los reclamantes al I.P.S, conforme luce a fs. 42-52 y 60; reclamo de los reclamantes ante el Honorable Tribunal de Cuentas, obrante a fs. 52-54; nota presentada por los reclamantes ante el Honorable Concejo Deliberante, conf. fs. 61.

Que a fs. 27 obra constancia de la respuesta brindada por las autoridades de O.S.S.E. a los jubilados reclamantes, en referencia a la bonificación denominada "plus vacacional", en la que informan que la empresa ha depositado en tiempo y forma los aportes y contribuciones correspondientes al concepto que les ocupa, habiendo cumplido con todas las obligaciones que le impone la normativa vigente (art. 10 del Decreto Ley 9650/80); como así también obra a fs. 28 nota de O.S.S.E. dirigida al IPS en la que reconocen el cumplimiento de sus obligaciones.

Que en los reclamos obrantes a fs. 2, 5, 40 los quejosos solicitan como medida urgente, que se gestione una mesa de dialogo con los representantes de IPS, en presencia de esta Defensoría del Pueblo

Que con fecha 3 de Septiembre de 2015, esta Defensoría del Pueblo llevó a cabo una audiencia donde participaron los directivos de IPS, los reclamantes y el Área Previsional de la Defensoría del Pueblo, conforme luce a fs. 11 y 12;

Que asimismo desde nuestro Organismo, se remitieron solicitudes de informes al I.P.S. y a O.S.S.E., conforme obra a fs. 15, 30, 32 y 57.

Que esta Defensoría del Pueblo, sólo recibió respuesta por el oficio de fs. 15, relatando el Dr. Mariano Cascallares, las mejoras en la atención hacia los beneficiarios y afiliados a IPS correspondiente a la Delegación Mar del Plata, conforme luce a fs. 17 y 18.

Que la administración tiene la obligación y el deber jurídico de pronunciarse frente a las peticiones que le formulan los particulares, quienes -correlativamente- tienen el derecho a obtener de ella una decisión fundada. (Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada". Ediar. Primera Reimpresión Buenos Aires, 1998. Tomo II. Pág. 64).

Que este derecho, reconocido desde antaño por el artículo 14 de la Constitución Nacional, ha sido receptado por documentos internacionales incorporados a la normativa interna, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inc. 22) de la C.N., pudiendo citarse en tal sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su

artículo XXIV establece: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener una resolución”.

Que el precitado derecho, no se agota por el mero hecho de permitirle al particular que presente su pretensión. Resulta necesario, además, el reconocimiento del derecho a ofrecer y producir la prueba pertinente en el expediente administrativo y, sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada.

Que se trata del respeto al principio del debido proceso adjetivo, que importa una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2º, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional, como así también por el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Que por tal motivo, la administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este deber surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, y encuentra fundamento en el principio de obligatoriedad de la competencia que impone la LNPA, y en los principios que rigen en el procedimiento administrativo, incorporados positivamente en dicha ley, tales como los de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos. (Conf. Art. 3º Del Decreto-Ley N° 7647/70).

Que asimismo la jubilación es un derecho (Conf. art. 14 bis, 16, art. 17 art. 28 de la C. N.), que reconoce a toda persona el derecho humano básico a descansar tras una larga vida de entrega al trabajo en beneficio propio y de la sociedad y de que ésta le garantice una subsistencia digna hasta el fin de sus días.

Que la doctrina tiene dicho que: *“No decidir o decidir fuera del plazo constituyen actos irregulares de la administración que perjudican al particular y atentan contra la eficacia de la actividad de aquella. Ante la falta de resolución, se han contemplado diversas soluciones a la morosidad administrativa, pues de lo contrario la carga que grava a la administración pública de emitir el pertinente acto administrativo, y el derecho del particular al respecto, vendrían a ser ciertamente ineficaces si el propio ordenamiento jurídico no arbitrara correlativamente los mecanismos correctivos.”* (Amparo por mora de la Administración Pública; Horacio D. Creo Bay - Tomás Hutchinson, Ed. Astrea, 2006, pág. 2 y ss).

Que por su parte, la jurisprudencia ha decidido que: *“... el incumplimiento del deber de pronunciarse en forma expresa y fundada frente al pedido presentado, resulta violatorio de la garantía de defensa, que se integra con el derecho a obtener una decisión, no sólo fundada, sino también oportuna, inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa (art. 15 de la Constitución provincial). Dentro del marco de legalidad que debe primar en el obrar administrativo, existe el deber jurídico de la administración de pronunciarse frente a la petición de un particular; no decidir o decidir fuera de plazo constituyen actos irregulares de la administración que perjudican y atentan contra su eficacia...”* Autos: "Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/Fisco de la Provincia de Buenos

Aires s/Amparo por Mora". Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial La Plata. Causa: 42124, sent. del 11-12-2015.

Qué asimismo, la ley de procedimiento administrativo -art. 1 DL 7647/70- establece que las actuaciones administrativas deben impulsarse de oficio -art. 48-, que incumbe a las autoridades encargadas de su despacho adoptar las medidas oportunas para que la tramitación no sufra retrasos -art. 50-, y que los plazos administrativos son obligatorios para las autoridades públicas -art. 71- (ver (SCJBA; Fernández, Héctor R. c/ Policía de la provincia de Buenos Aires s/ Amparo; B- 64.878, del 17.8.05).

Que también se ha sostenido en la causa precitada que: *“Esa actitud omisiva de la autoridad estatal resulta, pues, violatoria del derecho de defensa del reclamante, que se integra con el derecho a obtener una decisión no solo motivada, sino también oportuna y que en el ámbito del procedimiento administrativo deviene una obligación de la Administración inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa (art. 15 in fine, Constitución provincial, doctr. causas B. 64.8378 "Muñoz", sent. del 12-V-2004 y B. 65.322 "Viera", sent. del 1-XI-2004)"* (SCJBA; Fernández, Héctor R. c/ Policía de la provincia de Buenos Aires s/ Amparo; B- 64.878, del 17.8.05).

Que cómo puede advertirse, nos hallamos frente a la situación prevista por el artículo 40 del Decreto-Ley 9650/80 (Orgánica del Instituto de Previsión Social), el que contempla como remunerativo a las bonificaciones no remunerativas siempre que las mismas fueran **regulares y permanentes**, circunstancia ésta que ha quedado debidamente acreditada en el *“sub examine”*.

Que, a su vez, el **art. 50 del Decreto-Ley 9650/80**, no sólo recepta la movilidad que proviene de la Constitución sino que la completa al establecer que los importes de las prestaciones deberá ser actualizado **de oficio por el Instituto de Previsión Social**.

Que una mala interpretación del mentado art. 50 del Decreto-Ley 9650/80, infringiría el principio de movilidad de las prestaciones previsionales consagrado en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 11 de la Provincial, viola los arts. 36 incs. 1º y 39 inc. 3º de la Constitución de la Provincia, y afecta el derecho de propiedad (art. 17, Const. Nac.).

Que la garantía de movilidad de los haberes en conjunción con los principios de indemnidad y progresividad no admite otra interpretación que no sea preservar o mejorar la cuantía de los haberes jubilatorios.

Que, trayendo a consideración los parámetros de *“habitualidad y permanencia en el adicional por Asistencia no remunerativo”*, que la jurisprudencia en el fallo B. 63.610, La Plata 27 Agosto de 2008 autos caratulados: “C, N” c/ Provincia de Buenos Aires (IPS), a receptado y en sus considerandos literalmente expresan: “Es doctrina de esta Corte, que debe considerarse remuneración a toda suma de dinero que perciba el activo, cualquiera fuera su denominación, siempre que se pague como retribución por servicios ordinarios o extraordinarios -salvo las horas extra exceptuadas expresamente- prestados en relación de dependencia, y que además se abonen en forma habitual y regular (doct. causas B. 54.929, "Bardi", sent. de 30-V-1995; B. 56.123, "Sarandria", sent. del 12-V-1998, entre otras), resultando irrelevante que el jubilado haya efectivamente percibido la bonificación cuya incorporación en el cálculo del haber previsional procura,

pues lo que interesa es determinar si el afiliado hubiese sido acreedor a la misma cumpliendo los requisitos impuestos al personal en actividad (doct. causas B. 51.051, "Santa Cruz", sent. de 29-XII-1989; B. 55.361, "Geraci", sent. de 27-XII-1996, "D.J.B.A.", 152:205)....”

Que conforme lo establecido en la Constitución de la Provincia (art. 39 inc. 3º) en cuanto establece, en materia de seguridad social, los principios de irrenunciabilidad, justicia social, primacía de la realidad y, en caso de duda, interpretación en favor del trabajador. Tales principios constituyen el marco rector de cualquier decisión que se adopte en la materia e imponen, si las normas admiten varias interpretaciones, la que más favorezca al trabajador o al beneficiario de la seguridad social. En la interpretación de las normas que acuerdan jubilaciones y pensiones, como asimismo en las que regulen el alcance y monto de las mismas debe primar el fin tuitivo propio de la materia previsional, cuidando que el sentido que a ellas le asigne no conduzca a la pérdida o al desconocimiento de derechos a quienes las leyes han querido proteger (art. 39 inc. 3º de la Const. prov.; doct. causas B. 54.789, "Levitán", res. del 21-XI-1995; B. 59.361, "Aubert", sent. del 19-II-2002; I. 2110, "Iriarte Madoz", sent. 6-X-2004, entre otras). Y en su decisorio reza “Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede se hace lugar a la demanda condenando a la demandada a incluir la bonificación establecida por el art. 53 de la Resolución 96-153 del Consejo Federal de Inversiones en el cálculo del haber previsional del señor N O C y al pago de las sumas correspondientes al adicional referido desde el 26-VIII-1997”.

Que el artículo 55 de la Constitución provincial establece que “el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes.”

Que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 13.834 y lo resuelto por la Comisión Bicameral Permanente del Defensor del Pueblo en fecha 25 de febrero de 2015, corresponde emitir el presente acto.

Por ello,

**EL SECRETARIO GENERAL
A CARGO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
RESUELVE**

ARTÍCULO 1: RECOMENDAR al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS), articule las medidas necesarias, para proceder en forma inmediata al pago de la bonificación remunerativa denominada “subsidio o plus vacacional” a los jubilados de Obras Sanitarias de Mar del Plata (OSSE), realizando las adecuaciones que correspondan, conforme lo establecido por los artículos 40 y 50 del Decreto-Ley 9650/80, y lo expuesto en los considerandos de la presente resolución.

ARTÍCULO 2: RECOMENDAR a Obras Sanitarias de Mar del Plata (OSSE), facilite toda la documentación que sea requerida por el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS), a efectos de hacer posible el pago de la bonificación remunerativa denominada del “subsidio o plus vacacional”.

ARTÍCULO 3: RECOMENDAR a Obras Sanitarias de Mar del Plata (OSSE), arbitre las medidas necesarias para convertir en remunerativas las

bonificaciones no remunerativas que actualmente perciben los trabajadores en actividad. A tal fin, se sirva acompañar la documentación respectiva al Instituto de Previsión Social, a los efectos de efectivizar las mismas en los haberes previsionales.

ARTICULO 4: RECOMENDAR al Instituto de Previsión Social, que una vez cumplido lo establecido en el artículo precedente, proceda a realizar las adecuaciones que correspondan a efectos de reconocer las sumas en cuestión, con la finalidad de incorporarlas a los haberes jubilatorios de los beneficiarios alcanzados por la presente.

ARTÍCULO 5: Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

RESOLUCION N° 52/16.-